

Ativismo judicial

Para quem e por quê?

Luis Felipe Salomão

Ministro do STJ
Membro do Conselho Editorial

Palestra realizada na XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira, em 27 de novembro de 2017, em São Paulo

A judicialização das relações sociais, econômicas e políticas é um fenômeno que se iniciou no mundo logo a seguir ao pós-guerra (1945) – com os habitantes da terra horrorizados com as barbáries do conflito, buscando a segurança do Judiciário para a resolução de suas contendas – em processo de desenvolvimento que ainda não terminou.

No Brasil, a judicialização foi ainda mais acentuada diante da Constituição analítica de 1988 – em que se buscou a inserção de direitos após a retomada da democracia – em um cenário de ausência de políticas públicas e privadas efetivas para soluções extrajudiciais de solução de conflitos. Na maioria dos países desenvolvidos, as políticas de arbitragem, mediação e outras formas adequadas de resolução de conflitos já ocorriam há bastante tempo.

Diante desse dilema, a pauta é a autocontenção judicial ou a escolha do modo proativo de interpretar as leis (e a Constituição), máxime com o surgimento nos trópicos do que se denominou *neoconstitucionalismo*.

Assim – e para melhor apresentação do tema – torna-se mister conhecer o real significado de ativismo e de independência judicial e, ainda, analisar as medidas mais comuns adotadas mundialmente para enfrentar a questão. Em seguida, procura-se apresentar exemplos de casos históricos, julgados a partir desses conceitos e suas reflexões.

O ativismo relaciona-se ao comportamento dos juízes. Significa conduta que *desborda* da atuação puramente técnica e judicial. A interpretação ocorre de maneira *expansiva*. Assemelha-se ao que a nova – e

“Os juízes não têm ideia de qual é a vontade do povo. Nós trabalhamos em palácios de mármore”

Antonin Scalia
Juiz da Suprema Corte dos EUA

não tão reconhecida no meio acadêmico – doutrina constitucionalista denomina de pós-positivismo (ou *neoconstitucionalismo*, a depender do ângulo), consistente na ideia de que o magistrado age sob a alegação de defesa da ética, para garantir direitos e o próprio funcionamento da sociedade.

Existem, fundamentalmente, dois grandes pontos reconhecidos como vantagens – quase que de maneira incontroversa – no ativismo: a) a proteção contramajoritária, quando o Judiciário guarda e garante os direitos da minoria que não lograria obtê-la no Parlamento; e b) a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público em atuação proativa, no papel de guardião das políticas públicas que envolvam direitos fundamentais.

Por outro lado, existem também objeções a essa atuação, tendo em vista: a) a ausência de legitimidade democrática dos juízes (não são eleitos), impos-

Foto: Emerson Leal



sibilitando-se avaliar a vontade do povo; b) o risco sério e agudo de politização judicial e c) a possibilidade de ultrapassar a capacidade institucional do Judiciário.

O ativismo judicial é utilizado com bastante moderação em países do sistema jurídico da *common law* – como os Estados Unidos e a Inglaterra – porquanto regidos por forte vinculação a precedentes que norteiam as decisões judiciais, mitigando a possível insegurança jurídica.

Entretanto, nos países de legalidade estrita, do sistema *civil law* – como se sabe, o Brasil – os juízes interpretam a mesma lei de forma diferente (ainda incipiente entre nós o denominado direito dos precedentes, trazido com o novo CPC).

Aqui reside o maior perigo do ativismo, a meu ver, pois essa imprevisibilidade das decisões gera então óbvia insegurança jurídica. O decano do STF, ministro Celso de Mello, nesse sentido, foi preciso: “...a ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o STF,

indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo constitui função típica da instituição parlamentar” (ADI 1.063/MC, Rel. min. Celso de Mello, julgamento em 18/5/1994, Plenário, DJ de 27/4/2001).

Em seguida, citam-se alguns exemplos de casos aleatórios, em que, por vezes, o ativismo é bem empregado – segundo se pode constatar com a análise da história – ao passo que, em outros, nem tanto, comprometendo a independência ou mesmo a própria finalidade da jurisdição.

O primeiro precedente a versar sobre o ativismo foi formado nos Estados Unidos, há mais de 200 anos, no famoso caso *Marbury vs Madison*, quando foi criada a ideia do controle de constitucionalidade como função não abusiva do Poder Judiciário.

Nessa mesma linha, mas agora em sentido inverso – saltando pela linha da história – em novembro de 2000, a Corte Suprema Americana, em nova oportunidade para abordar o tema, analisou a possibilidade de anulação da recontagem de votos, no caso *Bush*

“O problema mais difícil do mundo, bem enunciado, um dia será resolvido, mas se o problema for mal enunciado, jamais será solucionado”

Mário Henrique Simonsen
Economista

vs Gore, e acabou por autoconter-se. Nesse caso emblemático, mesmo com a aceitação do poder de controle de constitucionalidade, entendeu aquela Corte Suprema pela governabilidade, e a recontagem dos votos foi negada para evitar a desordem no sistema judicial americano.

A Corte Suprema de Israel, em 2004, no caso do muro defensivo na Palestina, chamado “Beit Surik”, discutiu, com profundidade, a soberania interna das decisões judiciais em face das decisões das Cortes Internacionais. Em um primeiro instante, divergindo do pronunciamento da Corte Internacional, decidiu pela legitimidade do muro. Posteriormente, diante da manifesta ilegitimidade da deliberação da Corte israelense, a decisão foi revista e um novo traçado do muro foi ordenado, percebendo-se nitidamente a necessidade de recuo do ativismo judicial, em virtude do iminente conflito que poderia surgir daí.

A Corte Suprema do Canadá abordou o ativismo em precedente que tratava sobre o exercício da prostituição. Essencialmente, os interesses de uma minoria foram resguardados nesse caso. A Corte canadense declarou a inconstitucionalidade da lei que proibia a prostituição, ameaçando, conforme se constatou, a segurança das prostitutas. Nesse ponto, a Corte, em favor da minoria, cria o que se denominou de *paraísos seguros*, a fim de que a segurança

e a dignidade fossem mantidas. “O Parlamento tem o direito de criar regulações e evitar perturbações à sociedade, mas não se isso custar a saúde, a segurança ou a vida das prostitutas”. Como consequência, em 2014, foi aprovada nova lei para descriminalizar a prostituição, com a proibição da atividade em espaços públicos.

No Brasil, o caso *Chatô* – Assis Chateaubriand, poderoso empresário da mídia na década de 40 – também convida a uma reflexão acerca do tema do ativismo, nessa hipótese, bastante imbricado com a possível perda da independência judicial e do envolvimento político das decisões não previstas em lei. De fato, em rumoroso caso amplamente noticiado à época, Chateaubriand manteve relacionamento extraconjugal com uma menor, nascendo então uma filha, Tereza. *Chatô* não pôde reconhecer a paternidade, por ir de encontro à regra vigente à época (Decreto-Lei nº 4.737/1942). De acordo com a lei, a paternidade só poderia ser demandada após o desquite. *Chatô* então iniciou a disputa pela guarda da criança. O juiz substituto da 4ª Vara de Órfãos e Sucessões do Rio de Janeiro determinou a guarda à mãe, cumprindo a lei. Reassumindo o cargo, o juiz titular, Nelson Hungria, revogou a liminar. Ativismo?

Na área da saúde, o ativismo judicial é bastante perceptível e está ligado à ideia do mínimo existencial e à denominada reserva do possível. A judicialização da saúde passa pela definição do responsável pela saúde do paciente – o juiz ou o médico. A partir de 2010, houve o aumento de mais de 1.000% de ações judiciais tratando sobre saúde, gerando custo superior a R\$ 1,3 bilhão. Dez medicamentos mais caros respondem por quase 90% dos gastos com a área no Ministério da Saúde. Nos planos privados, são gastos R\$ 320 milhões em procedimentos sem cobertura.

O ativismo, então, merece ser repensado e avaliado à luz de experiências já sedimentadas.

À guisa de conclusão, é possível afirmar que o papel do Judiciário no mundo, a partir de meados do século XX, encontra-se ainda em adequação, notadamente com o advento das novas tecnologias e inovações disruptivas.

Há forte tendência para alargar a proteção a bens jurídicos relevantes, sobretudo direitos fundamentais, potencializando a eficácia normativa e atuando o Judiciário de maneira expansiva.

No entanto, é muito delicada a equação que envolve, de um lado, os limites de atuação do Poder Judiciário, de outro, a separação dos poderes; e, ainda, os elevados custos gerados pela demanda, desequilibrando a fórmula dos contratos e dos negócios jurídicos.



BASILIO

ADVOGADOS



Fundado por advogados de destaque no cenário nacional, egressos dos principais escritórios de advocacia do País, Basilio Advogados tem atuação empresarial, baseada no atendimento a grandes empresas de diversos segmentos, tais como concessionárias de serviço público, mineradoras, bancos, construtoras, shopping centers, assim como a pessoas físicas.

O Escritório conta com uma equipe multidisciplinar, que atua em diversos segmentos empresariais, priorizando a ética em suas relações e a busca constante pela excelência.

Em sintonia com a constante evolução das demandas sociais e alinhado a recursos tecnológicos, o escritório tem por objetivo essencial e compromisso institucional a prestação de serviços de excelência jurídica, com a confecção artesanal dos trabalhos e atuação diferenciada, tudo isso pautado por uma política de tratamento personalizado ao cliente, sempre na busca da solução mais objetiva, célere e adequada para cada assunto.



Rio de Janeiro

Av. Presidente Wilson, 210-12º e 13º andares
Centro - Rio de Janeiro - RJ - Cep: 20.030-021
Tel.: 55 21 2277 4200
Fax: 55 21 2210 6316

São Paulo

R. Leônício de Carvalho, 234 - 4º andar
Paraíso - São Paulo
SP - Cep: 04.003-010
Tel./Fax: 55 11 3171 1388

Brasília

SCN - Qd 04, BL B, Pétala D, Sala 502
Centro Empresarial Varig - Brasília
DF - Cep: 70.714-900
Tel.-Fax: 55 61 3045 6144